

Sygn. akt: KIO 2694/11

WYROK
z dnia 5 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.12.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **IMPEL Cleaning Spółka z o.o., ul. Marsa 56a, 04-242 Warszawa** oraz **SITA Polska Spółka z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowe Centrum Sportu Spółka z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa** w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Sukcesywne usługi sprzątnięcia Stadionu Narodowego w Warszawie”.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ISS Facility Services Spółka z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** oraz **ISS Facility Services GmbH, Wanheimerstraße 92, 40468 Düsseldorf, Niemcy** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **IMPEL Cleaning Spółka z o.o., ul. Marsa 56a, 04-242 Warszawa** oraz **SITA Polska Spółka z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **IMPEL Cleaning Spółka z o.o., ul. Marsa 56a, 04-242 Warszawa** oraz **SITA Polska Spółka z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa,**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2694/11

Zamawiający – Narodowe Centrum Sportu Spółka z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie pn. „Sukcesywne usługi sprzątnia Stadionu Narodowego w Warszawie”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20.07.2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 22.07.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 139-231142.

W dniu **07.12.2011** r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.12.2011** r. wobec czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy: Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wynik postępowania w a mianowicie:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Konsorcjum ISS Facility Services pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące Zamawiającemu podjęcie takiej decyzji, ponieważ jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ISS Facility Services pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące Zamawiającemu podjęcie takiej decyzji, ponieważ jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.
3. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp, poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na odrzuceniu oferty Wykonawcy - Konsorcjum ISS Facility Services
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy: Konsorcjum ISS Facility Services.

3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby podpisać umowę z Zamawiającym ponieważ spełnia warunki udziału w przetargu, a złożona przez niego oferta jest zgodna z wymogami zamawiającego zawartymi w treści SIWZ. Podniósł, iż zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym w ślad za opinią pt. „Środki ochrony prawnej” (opublikowaną na stronach www.uzp.pl dnia 17.05.2010r.) przyjęć należy, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaze, że:

1. posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie
2. poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy: ISS Facility Services oraz prowadzeniu niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący podnoszone przez niego naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym, poprzez pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, odrzucił ofertę wybranego wykonawcy, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków. Ponadto szkoda jakiej może doznać Odwołujący będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że w zakresie wskazanych w pkt 1 naruszeń przepisów ustawy Pzp oferta złożona przez Wykonawcę: Konsorcjum ISS Facility Services zawiera rażąco niską cenę, a zatem należy wnioskować, że zrealizowanie zamówienia w cenie i na zasadach podanych przez wykonawcę nie jest możliwe. Zdaniem Odwołującego podana przez wykonawcę cena powoduje uzasadnione niebezpieczeństwo nienależytego wykonania kontraktu lub też podejmowania prób ograniczenia kosztów. Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum ISS Facility Services nie została przygotowana

zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, w ofercie nie uwzględniono również wszystkich wymagań Zamawiającego, dotyczących sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Kalkulacja dokonana przez wykonawcę w ofercie przedstawiająca sposób wyliczenia zaoferowanej ceny daje podstawy do twierdzenia, że oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wyliczenia cen świadczenia usługi w jednostce organizacyjnej Zamawiającego. Należy stanowczo podkreślić, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, to jest ceną, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, która nie pozwala na realizację zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Zdaniem Odwołującego, cena zaproponowana przez wykonawcę Konsorcjum ISS Facility Services jest ceną nierealistyczną i nieprawdopodobną, nieodzwierciedlającą obowiązujących stawek rynkowych przy realizacji podobnych zamówień. Przedstawiona w ofercie wykonawcy cena jest zdecydowanie zaniżona.

Jak wskazał Odwołujący zgodnie z doktryną prawa, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych podobnych zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, a także ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W opinii Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną przez wybranego wykonawcę cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Jednocześnie doktryna prawa wskazuje, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem nieostrym, w związku z czym przy weryfikacji ofert pod tym kątem należy odwołać się również do kryteriów pomocniczych [...]. Głównym punktem odniesienia jest wskazany w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia. [...] Za pomocnicze punkty odniesienia wstępnej oceny mogą być uznane [...] inne wartości, do których z reguły zalicza się ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu oraz ceny rynkowe za wykonanie podobnych zamówień.

Ponadto, zgodnie z orzeczeniem arbitrów z dnia 2 czerwca 2006 roku (UZP/ZO/01560/06) badając, czy cena nie jest rażąco niska, zamawiający powinien brać pod uwagę ostateczną cenę oferty, a nie kalkulację poszczególnych cen jednostkowych. Dla oceny, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, Zamawiający powinien porównać globalną cenę zaproponowaną przez wykonawcę z wartością zamówienia. Pojedyncze części ceny nie mogą być podstawą do uznania jej za rażąco niską. Zamawiający musi bowiem brać pod uwagę cenę za realizację całego zamówienia (orzeczenie arbitrów z dnia 19 sierpnia 2005 roku, sygn. UZP/ZO/0-2209/05). Niezależnie od sposobu obliczenia ceny oferty podejrzenie zastosowania w niej rażąco niskiej ceny może mieć miejsce wyłącznie wobec całkowitej ceny oferty. [...]

W opinii Odwołującego, Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem potwierdzenia, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym uwzględnia wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne dla należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie mając na uwadze istotę udzielonej przez ustawodawcę Zamawiającemu instytucji wyjaśniania „rażąco niskiej ceny” w ofertach przetargowych (zgodnie z dyspozycją art. 90 ust 1 ustawy Pzp), należy podkreślić, iż wprawdzie badanie ofert pod względem rażąco niskiej ceny winno odbywać się poprzez badanie przez Zamawiającego ceny oferty w stosunku do - ustalonej przez Zamawiającego - ceny za przedmiot zamówienia, to jednak należy z całą mocą i odpowiedzialnością podkreślić, iż cena Zamawiającego za realizację przedmiotu zamówienia nie może być traktowana jako wyznacznik bezwzględnie obowiązujący. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu stanowisko Odwołującego w tej sprawie potwierdzają opinie prawne rekomendowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na stronach internetowych UZP. Zgodnie z przyjętą linią prawną, wyznacznik ten nie jest wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością. Nie może też decydować o tym, że cena oferty danego bądź innego wykonawcy jest ceną rażąco niską. Poprzez ofertę zawierającą rażąco niską cenę należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej, a taką ofertą z całą pewnością w opinii Odwołującego, jest oferta złożona przez wykonawcę: Konsorcjum ISS Facility Services.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że wartość oferowanych prac określona w ofercie Wykonawcy: Konsorcjum ISS Facility Services, jest ceną nierealistyczną, nieporównywalną z cenami rynkowymi podobnych zamówień. W opinii Odwołującego, Wykonawca w złożonej ofercie, najprawdopodobniej nie uwzględnił wszystkich kosztów wytworzenia usługi zamówionej przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

W zakresie wskazanych w pkt 2 oraz 3 odwołania naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp podniósł, że Zamawiający we wzorze formularza do oferty, stanowiącym załącznik do SIWZ, w pkt 7) wymagał podania przez wykonawców formy w jakiej zostanie wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Jednocześnie w pkt. 31.1, Części VII SIWZ - Postanowienia dotyczące umowy - Zamawiający doprecyzował, że wykonawcy mogą wnieść przedmiotowe zabezpieczenie w: a) pieniądzu, b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że

poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych oraz poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Tymczasem mimo, że Zamawiający zawarł w SIWZ wymagania, co do formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Wykonawca: Konsorcjum ISS Facility Services w złożonym formularzu ofertowym zobowiązał się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w innej, nie wymienionej w SIWZ formie, a mianowicie w formie o której mowa w art. 150 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że art. 150 ust. 3 ustawy Pzp mówi o innej niż wymienione w pkt. 31.1 SIWZ formie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z brzmieniem art. 150 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane.

Ponadto Zamawiający w Części IV SIWZ - Zasady przygotowania oferty; Sposób obliczenia ceny - w pkt. 21.3. wymagał, aby wykonawcy w przypadku określenia, stawki procentowej podatku VAT innej niż w wysokości 23% załączyli do oferty informację zawierającą podstawę prawną zastosowania takiej stawki podatku VAT. Wykonawca: Konsorcjum ISS Facility Services, mimo wymagań Zamawiającego oraz mimo zastosowania w ofercie stawek podatku VAT innych niż 23%, nie załączył do oferty informacji zawierającej podstawę prawną zastosowania takiej stawki podatku VAT. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż oferta Wykonawcy: Konsorcjum ISS Facility Services, powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, ponieważ wykonawca nie uwzględnił wymagań określonych w SIWZ w zakresie formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w treści formularza ofertowego oraz w zakresie obowiązku załączenia do oferty informacji o podstawie prawnej zastosowania stawki podatku VAT innej niż 23%, złożona przez niego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, nie spełnia określonych przez Zamawiającego wymagań i w związku z powyższym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W ramach uzupełnienia Odwołujący wskazał, że zasada przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných zasad zamówień publicznych. Zobowiązuje ona Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Jest to zasada stanowiąca jeden z filarów całego systemu zamówień publicznych nie tylko w prawie polskim, ale innych krajów Unii Europejskiej. Ponadto drugą równie istotną, co

zachowanie uczciwej konkurencji, zasadą sprecyzowaną przez ustawodawcę w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że Zamawiający zobligowany jest do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W opinii Odwołującego, naruszenie tych zasad przez Zamawiającego czyni tym bardziej zasadnym wniesienie odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez Przystępującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną wynoszącą 15.231.439,81 zł brutto pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w rankingu ofert. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do wyeliminowania z postępowania wykonawcy Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH, którego oferta zawiera najniższą cenę wynoszącą 8.995.209,83 zł brutto. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższy fakt, uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jedynym

kryterium oceny ofert, w przedmiotowym postępowaniu, jest najniższa cena. Izba wskazuje, iż fakt przekroczenia przez ofertę Odwołującego kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w niniejszym stanie faktycznym nie może mieć wpływu na kwestię interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż zarówno oferta złożona przez Przystępującego, jak również oferta złożona przez Odwołującego przekraczają tę kwotę i w obu przypadkach Zamawiający celem udzielenia zamówienia będzie zmuszony do jej zwiększenia.

Izba uznała, iż w ramach niniejszego postępowania odwoławczego swoje przystąpienie skutecznie zgłosił po stronie Zamawiającego wykonawca Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH stając się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała przedłożoną na etapie rozprawy tabelę z wyliczeniami odnoszącymi się do wartości tożsamy do przedmiotu niniejszego postępowania usług za stanowisko własne Przystępującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Po pierwsze Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowaniu jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający określił szacunkowa wartość zamówienia na kwotę 4.262.000,00 zł netto, zaś w trakcie otwarcia ofert poinformował, iż przeznaczy na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.689.980,00 zł brutto. W ramach niniejszego postępowania zostały złożone dwie oferty. Oferta Przystępującego z ceną 8.995.209,83 zł

brutto oraz oferta Odwołującego z ceną 15.231.439,81 zł brutto. Powyższe Izba ustaliła w oparciu o protokół postępowania – druk ZP-DK.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w części III SIWZ zatytułowanej „Warunki oraz dokumenty wymagane od wykonawcy” w pkt 13 zatytułowanym „Dokumenty i oświadczenia wymagane w postępowaniu” wskazał, że:

Wykonawca zobowiązany jest złożyć terminie wskazanym w Części VI i formie określonej w Części IV SIWZ, ofertę składającą się z:

a) wypełnionego Formularza Ofertowego o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym Załącznik do SIWZ. Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Zamawiający żąda, żeby Wykonawca wskazał w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom;

b) wypełnionego Formularza Kalkulacji Kosztów, którego wzór stanowi Załącznik do SIWZ;

c) pełnomocnictwo do złożenia oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osób udzielających pełnomocnictwo/składających ofertę (w tym pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp) o ile upoważnienie do złożenia oferty nie wynika z innych dokumentów składających się na ofertę lub wniosku złożonego na etapie kwalifikacji;

d) dowodu wniesienia wadium zgodnie z postanowieniami pkt 15 SIWZ – w wysokości wynikającej z pkt 15 SIWZ;

e) oświadczenie, o którym mowa w pkt 16.11 poniżej – tylko w przypadku, gdy Wykonawca chce zastrzec określone informacje zawarte w ofercie jako tajemnice przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła ponadto, iż w części III SIWZ w pkt 21 zatytułowanym „Sposób obliczenia ceny oferty” w pkt 21 .3 został zawarty następujący zapis: „W przypadku określenia przez Wykonawcę stawki procentowej podatku VAT innej niż w wysokości 23% Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty informację zawierającą podstawę prawną zastosowania takiej stawki podatku VAT

Ustalono, iż Zamawiający w części VII SIWZ zatytułowanej „Postanowienia dotyczące umowy” w pkt 31 „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy” wskazał w kolejnych punktach:

31.1. Wykonawca zobowiązany jest, na zasadach określonych we wzorze umowy stanowiącym załącznik do niniejszej SIWZ, wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Umowa zostanie podpisana po przyjęciu przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie można wnieść w:

a) w pieniądzu;

b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych oraz poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Nadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w art. 12 ust. 12.1. wzoru umowy wskazał, że: Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązań wynikających z Umowy Wykonawca dostarczy przed podpisaniem Umowy Zamawiającemu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy na kwotę równą 10 (dziesięć) % Wynagrodzenia (brutto) określonego w art. 5.2 Umowy („Zabezpieczenie Należytego Wykonania Umowy”). W art. 12 ust. 12.2 wzoru umowy zawarty został następujący zapis: „Zabezpieczenie Należytego Wykonania Umowy będzie utworzone w ten sposób, że w dniu zawarcia Umowy Wykonawca zapewni 100 (sto) % kwoty Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy”.

W dalszej kolejności ustalono, iż w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, w pkt 7 Zamawiający wymagał podania formy w jakiej wykonawca zobowiązuje się wnieść zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Izba ustaliła, iż wykonawca Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH w złożonej ofercie w pkt 7 formularza ofertowego (str. 4 oferty) zawarła w odniesieniu do formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy: „O której mowa w art. 150 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH w złożonej przy obliczeniu ceny ofertowej zastosował zarówno podstawowa, jak również preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8%, co nie było kwestią sporną pomiędzy Stronami. Powyższe wynika z zawartych dla poszczególnych czynności wartości podatku VAT, w tym m.in. dla czynności związanych z utrzymaniem terenów zielonych oraz czynności odśnieżania.

Ustalono, iż Zamawiający pismem z dnia 21.11.2011 r. wezwał Przystępującego - Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania podstaw prawnych zastosowania innej niż 23% stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 22.11.2011 r. przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia wskazując podstawy prawne zastosowania przy obliczeniu ceny ofertowej preferencyjnej stawki podatku VAT.

Zamawiający pismem z dnia 07.12.2011 r. poinformował wykonawców, iż za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH z ceną ofertową wynoszącą 8.995.209,83 zł brutto uzyskując łącznie 100 punktów, w tym 90 punktów w kryterium „cena” oraz 10 punktów w kryterium „zakup pakietu sponsorskiego”.

Na powyższą czynność w dniu 16.12.2011 r. Odwołujący - Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Konsorcjum ISS Facility Services Spółka z o.o. oraz ISS Facility Services GmbH ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje istotny fakt, iż Odwołujący w zakresie podniesionego zarzutu nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi on skutki prawne. W tym zakresie Izba w całości podzieliła pogląd Przystępującego wyrażony w treści pisma procesowego z dnia 02.01.2012 r. zgodnie z którym, stosownie do treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp należy wskazać, iż rozważania Odwołującego nie odnoszą się do treści oferty złożonej przez Przystępującego i tym samym nie mogą zostać uznane za dowody. Odwołujący bowiem nie odniósł się do wartości zaoferowanej w złożonej przez Przystępującego ofercie, w tym nie odniósł się do znajdujących się tam cen jednostkowych. Nie wskazał również pominiętych lub zaniżonych w wycenie elementów przedmiotu zamówienia i nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę jest niemożliwe.

Izba wskazuje, iż to na Odwołującym w ramach postępowania odwoławczego spoczywa ciężar dowodu wykazania okoliczności skutkujących możliwością uwzględnienia podniesionych w treści odwołania zarzutów. Odwołujący zaś nie przedstawił żadnych dowodów, jak również argumentów odnoszących się do oferty Przystępującego mogących wskazywać na brak możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił również okoliczności mogących skutkować wezwaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a tym bardziej brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż teoretyczne rozważania Odwołującego zawarte w odwołaniu i odnoszące się do istniejących w orzecznictwie oraz w doktrynie poglądów dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą stanowić wystarczających argumentów za uznaniem, iż w ramach niniejszego postępowania złożona przez Przystępującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i z tego powodu winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Takie rozważania można bowiem uznać za istotne w przypadku, jeżeli służą one poparci podnoszonych okoliczności faktycznych popartych dowodami oraz argumentacji mającej swoje źródło w określonych faktach, w tym wskazujących, iż zaoferowana przez wykonawcę cena uniemożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący odnosząc się w toku rozprawy do argumentacji zawartej w piśmie Przystępującego z dnia 02.01.2012 r., iż ISS Facility Services Spółka z o.o. będąc spółką grupy ISS o międzynarodowym zasięgu i stosując skonsolidowany mechanizm zakupów i wypracowanie wysokich rabatów u dostawców również nie uzasadnił swojego stanowiska. Wszakże powyższe działania należy uznać za typowe i dopuszczalne mechanizmy gospodarcze służące kształtowaniu konkurencyjnej polityki cenowej, a nie jako dowody, że zaoferowana przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu cena jest ceną dumpingową i tym samym ceną rażąco niską w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Za istotne należy bowiem uznać wykazanie, w przypadku podniesienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, iż brak jest możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie, nie zaś wskazanie zastosowania przez wykonawcę mechanizmów kształtowania polityki cenowej umożliwiających jej ustalenie na konkurencyjnym poziomie.

W tym miejscu należy również podnieść argument, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż tylko wynagrodzenie w wysokości zaoferowanej w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego umożliwia należyte wykonanie umowy. Powyższe należy odnieść do twierdzeń Odwołującego, że to zaoferowane przez niego wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu powinno stanowić punkt odniesienia do oceny wynagrodzenia Przystępującego w kontekście ceny rażąco niskiej.

Należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, za uprawnione należy uznać odniesienie cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu do cen związanych z analogicznymi usługami na innych obiektach o zbliżonej charakterystyce, funkcji i przeznaczeniu. W tym zakresie Izba za przekonujące uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że przy uwzględnieniu różnic pomiędzy poszczególnymi obiektami (Stadionem Narodowym w Warszawie oraz Stadionem Miejskim we Wrocławiu) ceny zaoferowane przez wykonawców są zbliżone i nie odbiegają wysokością od zaoferowanych w niniejszym postępowaniu. Jak wyżej wskazano w tym zakresie Izba za nieuzasadnione

uznała stanowisko Odwołującego, że w zakresie rażąco niskiej ceny jedynym kryterium oceny oferty Przystępującego pod względem ceny rażąco niskiej jest oferta Odwołującego złożona w ramach niniejszego postępowania. W tym miejscu Izba uznała za zasadną argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, że obiekt Stadionu Miejskiego we Wrocławiu, ze względu na swoją funkcję i przeznaczenie jest obiektem porównywalnym do Stadionu Narodowego w Warszawie. Należy również zwrócić uwagę na fakt, na co wskazał w toku rozprawy Zamawiający, że zarówno szacunkowa wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane w ramach niniejszego postępowania przez wykonawców są wyższe niż analogiczne wartości dla Stadionu Miejskiego we Wrocławiu.

Izba wskazuje, iż Odwołujący w treści wniesionego odwołania odniósł się do staranności Zamawiającego w ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia jednakże nie przedstawił żadnych argumentów oraz dowodów mogących podważyć staranność Zamawiającego w dokonaniu tej czynności. Należy wskazać, iż wartość ta może być traktowana pomocniczo przy czynnościach związanych z badaniem kwestii rażąco niskiej ceny. Takie stanowisko jest bowiem reprezentowane w doktrynie i orzecznictwie. Nawet gdyby uznać, iż ze względu na unikalność czynności, ze względu na charakter obiektu do którego się ona odnosi, nie jest możliwe ustalenie w sposób należyty wartości szacunkowej zamówienia to jej ustalenie przez Zamawiającego na określonym poziomie mogłoby mieć znaczenie w ramach zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyby wartości zaoferowane przez poszczególnych wykonawców były od niej niższe. Jednakże w niniejszym postępowaniu Zamawiający ustalił wartość szacunkową na poziomie 4.262.000,00 zł netto, zaś w trakcie otwarcia ofert poinformował, iż przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.689.980,00 zł brutto co wynika z protokołu postępowania (druk ZP-DK). Tym samym należy znać, iż w ramach niniejszego postępowania, nawet przy uznaniu iż Zamawiający niedoszacował wartości przedmiotu zamówienia, to ceny zaoferowane przez wykonawców odpowiadają rynkowej wartości zamówienia. Tym samym zaoferowana przez Przystępującego wartość 8.995.209,83 zł brutto przewyższa wartość szacunkową i odpowiada wartości rynkowej tego rodzaju usług, na co wskazali Zamawiający i Przystępujący powołując się na ceny zaoferowane za tego typu usługi na innych obiektach o zbliżonej charakterystyce. Odwołujący nie odniósł się do przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego wyliczeń wskazując jedynie, iż niedopuszczalne jest porównanie Stadionu Narodowego w Warszawie z innymi obiektami. Jednakże, co zostało wskazane powyższej, Izba uznała stanowisko Odwołującego w tym zakresie za nieuzasadnione. Odwołujący bowiem nie wykazał i nie udowodnił, że obiekt Stadionu Narodowego w Warszawie jest obiektem nie dającym się porównać do żadnego innego obiektu sportowego i tym samym czynności utrzymania porządku, będące przedmiotem

postępowania, są czynnościami o unikalnym w skali kraju charakterze, których wartość jest tym samym niemożliwa do ustalenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż brak było również przesłanek do wezwania Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący bowiem, jak wskazano wyżej, nie odniósł się do żadnego z elementów ceny oferty i nie wykazał, że jej kalkulacja uniemożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ ze względu na zmianę formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy Izba uznała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne odrzucenie oferty jeżeli jej treści nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Poprzez treść oferty należy w pierwszej kolejności rozumieć jej merytoryczne elementy, tj. jej postanowienia odnoszące się w szczególności do kształtu przyszłego świadczenia. Należy przyjąć również, iż ze względu na fakt, iż określenie przedmiotu przyszłego świadczenia należy uznać i odnieść za tożsame z przedmiotem przyszłej umowy, to stanowią one z pewnością *essentia negotii* zobowiązania wykonawcy.

Tym samym biorąc pod uwagę treść art. 82 ust. 3 ustawy Pzp nie każdy element oferty należy uznać za treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zasadnicze znaczenie dla kwalifikacji, czy mamy do czynienia z merytoryczną treścią oferty ma przepis art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. Ustanawia on zasadę, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Poprzez treść oferty należy uznać w szczególności te elementy oświadczenia woli wykonawcy, które objęte są swobodą kształtowania z jego strony i odnoszą się do zakresu przyszłego świadczenia, tj. do treści oferty należy zaliczyć każdy jej element, który dotyczy kształtu i zakresu przyszłego świadczenia wykonawcy (np. przedmiotu umowy, sposobu i terminu jego realizacji).

1. W odniesieniu do kwestii dotyczącej zabezpieczenia należytego wykonania umowy Odwołujący niezgodność treści oferty z treścią SIWZ upatruje w zmianie przez Przystępującego przewidzianej przez Zamawiającego formy tego zabezpieczenia.

W odniesieniu do podstawy faktycznej zarzutu, w ramach którego Odwołujący wskazał, iż doszło do zmiany przewidzianej w treści SIWZ formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy Izba wskazuje, iż Przystępujący w treści oferty powołując się na art. 150 ust. 3 ustawy Pzp nie zmienił formy tego zabezpieczenia. Zgodnie z treścią art. 150 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji gdy okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok zabezpieczenia, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Otóż należy wskazać, iż przepis ten nie odnosi się do formy zabezpieczenia, lecz do sposobu, a ściślej terminu jego wniesienia oraz źródła pochodzenia środków. Formę zabezpieczenia określa art. 148 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zabezpieczenie wnoszone w sposób określony w art. 150 ust. 3 ustawy Pzp jest nadal zabezpieczeniem wnoszone w formie pieniądza, która to forma została dopuszczona przez Zamawiającego i jest dopuszczona przez ustawę Pzp.

Tym samym w przypadku powołania się przez Przystępującego w treści formularza ofertowego na art. 150 ust. 3 ustawy Pzp możemy mówić, nie o zmianie formy zabezpieczenia, lecz o zmianie sposobu, a ściślej terminu jego wniesienia. Biorąc pod uwagę powyższe ww. zapis w ofercie Przystępującego może pozwalać na uznanie, iż mamy w tym wypadku do czynienia z niezgodnością dotyczącą sposobu i terminu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w odniesieniu do pkt 12.2. wzoru umowy, który stanowi, że: „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy będzie utworzone w ten sposób, że w dniu zawarcia umowy wykonawca zapewni 100 (sto) % kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż niezgodność ta nie dotyczy elementów odnoszących się do przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz sposobu i terminu utworzenia zabezpieczenia, które jest elementem niezwiązanym z samym świadczeniem wykonawcy i ma charakter akcesoryjny w odniesieniu do zobowiązania wykonawcy, którego treść precyzuje wzór umowy, tj. jej istotne postanowienia. Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający w treści SIWZ w sposób bezpośredni nie wykluczył możliwości wniesienia zabezpieczenia w sposób określony w art. 150 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wyłączył wprost takiego sposobu wniesienia zabezpieczenia, a jeżeli dopuszcza go ustawa Pzp to wymaga on jedynie zgody zamawiającego.

Izba podzieliła argumentację Przystępującego zawartą w piśmie z dnia 02.01.2012 r. w którym zostało wskazane, że uznać należy, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie stanowi elementu oferty wykonawcy mającego związek z przedmiotem zamówienia, czy też ze sposobem wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazał również, że wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest zawsze czynnością następczą i akcesoryjną wobec oferty wykonawcy (przedmiotu zamówienia), a co za tym idzie czynnością następczą wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba podziela powyższą

argumentację wskazując jednocześnie, iż obowiązek wniesienia zabezpieczenia materializuje się dopiero wskutek uznania oferty za najkorzystniejszą i upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej, a więc materializuje się po dokonaniu czynności oceny oferty, w tym oceny zgodności jej treści z treścią SIWZ. Wobec powyższego sposób i termin wniesienia zabezpieczenia nie jest przedmiotem przyszłego świadczenia i tym samym nie jest on przedmiotem procesu ofertowania.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w piśmie procesowym Przystępującego z dnia 02.01.2012 r. należy w pierwszej kolejności wskazać, iż kwestie związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy zostały uregulowane w ustawie Pzp w art. 147 – 151 znajdujących się w Dziale IV zatytułowanym „Umowy w sprawach zamówień publicznych”. Ustawodawca, kierując się logiką i systematyką ustawy, nie przez przypadek umieścił przepisy odnoszące się do tej materii w części dotyczącej umów, który to dział ustawy reguluje kwestie wychodzące poza materię związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Analogicznie postąpił Zamawiający w niniejszym postępowaniu regulując kwestie dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części VII SIWZ zatytułowanym „Postanowienia dotyczące umowy”.

W tym miejscu Izba podzieliła tezę zawartą w przywołanym przez Przystępującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1452/09), w którym został wskazane, że: „Dokonanie zmian w przedmiocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zdaniem Izby, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Po pierwsze za takim stanowiskiem przemawia fakt, iż zmiany te nie dotyczą przedmiotowo istotnych elementów umowy (...). Jak Przystępujący sam zauważa „Zabezpieczenie jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym o charakterze realnym, ponieważ do jego ważności i skuteczności niezbędne jest rzeczywiste wniesienie zabezpieczenia”. Przystępujący zatem przyznaje, iż mówiąc o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy mamy na myśli dodatkowe postanowienia umowy, skoro dodatkowe, to z pewnością nie istotne. Ponadto, do wniesienia zabezpieczenia nie wystarczy samo zobowiązanie się wykonawcy w tym zakresie. Po drugie, o czym była już mowa wyżej, zmiany nie obejmowały nawet podstawowego stosunku obligacyjnego, a jedynie zobowiązanie o charakterze akcesoryjnym. Trudno zatem mówić o istotnych zmianach treści oferty, w warunkach, w których przedmiotem zmiany nie będą dotknięte w ogóle elementy kreujące przyszłego, podstawowego stosunku zobowiązaniowego”. Choć powyższe rozważania Izby odnosiły się do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to zawierają one również bardziej uniwersalne tezy, odnoszące się do akcesoryjnego charakteru zabezpieczenia oraz jego realnego charakteru.

Na uwagę zasługuje również teza wyrażona w przywołanym przez Przystępującego wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 28 grudnia 2007 r. (sygn. akt I ACa 1027/07), w którym zostało wskazane, że: „W o cenie Sądu wniesienie zabezpieczenia należytego

wykonania umowy nie jest nigdy elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze. Modyfikacja formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy dokonana przez wykonawcę nie daje zamawiającemu prawa do odmowy podpisania umowy tylko z tej przyczyny. Istotne jest spełnienie wymogu wniesienia zabezpieczenia w przepisanej formie, natomiast zmiana w tym zakresie nie może być potraktowana jako zmiana istotnych warunków samej umowy”.

Nawet gdyby przyjąć, że działanie Przystępującego w tym przedmiocie miało charakter zamierzony to nie sposób uznać, iż rzutuje ono na konieczność odrzucenia jego oferty. Rozważyć bowiem należy kwestię skuteczności takiego oświadczenia. Jak zostało podniesione w przywołanym powyżej orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 1452/09 zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest czynnością realną a nie konsensualną i ocena jego skuteczności jest badana w momencie dokonania lub zaniechania jego wniesienia, nie zaś w momencie złożenia oświadczenia w tym zakresie. O skuteczności wniesienia zabezpieczenia decyduje zatem czynność faktyczna, tj. dokonanie przelewu kwoty pieniężnej, złożenie dokumentu gwarancyjnego lub innego dokumentu zabezpieczającego interesy Zamawiającego. Tym samym należy poddać w wątpliwość wpływ samego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie na jego sytuację prawną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to również wynikiem treści art. 150 ust. 3 ustawy Pzp, który dla możliwości utworzenia zabezpieczenia poprzez potrącenie z należnego wykonawcy wynagrodzenia wymaga zgody zamawiającego. Ustawa nie określa momentu, w którym zgoda ta może zostać wyrażona. Zatem należy uznać, iż do chwili jej wyrażenia zapis zawarty w pkt 7 formularza ofertowego znajdującego się w ofercie Przystępującego nie jest wiążący dla Zamawiającego.

Tym samym o niezgodności można mówić jedynie tylko wówczas, gdy złożenie jednostronnego oświadczenia ma znaczenie prawnokształtujące. Jednakże sam art. 150 ust. 3 ustawy Pzp – przywołany przez Przystępującego w formularzu ofertowym wskazuje, iż bez zgody Zamawiającego takie jednostronne oświadczenie jest bezskuteczne i nie wywołuje żadnych skutków prawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe zapisu pkt 7 formularza ofertowego oferty Przystępującego nie należy traktować i oceniać w kontekście zgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż dla swej skuteczności takie oświadczenie wymaga akceptacji Zamawiającego i taki zapis należy uznać jedynie za niewiązącą propozycję.

Należy również wskazać, na co zwrócił uwagę Przystępujący, że postanowienia SIWZ dotyczące formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie mogą być kształtowane przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z przepisami art. 147 – 151 ustawy Pzp. Tym samym ewentualne odstępstwo wykonawcy w zakresie wniesienia zabezpieczenia należytego

wykonania umowy może być ocenione jako niezgodność z regulacjami ustawowymi, za co sama ustawa przewiduje sankcję w postaci możliwości zatrzymania przez zamawiającego wadium. Jak słusznie wskazał Przystępujący jest to jedyna sankcja wynikająca z przepisów ustawy Pzp, która dotyczy braku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie, terminie oraz w sposób żądany przez Zamawiającego. Tym samym sankcja w postaci odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp byłaby czynnością przedwczesną i oderwaną od regulacji ustawowych odnoszących się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Izba wskazuje, iż hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest bardzo pojemna i poprzez użycie zwrotu „wymaganego” wskazuje, że odnosi się do wszystkich kwestii związanych z wniesieniem zabezpieczenia, w tym określonej przez zamawiającego formy, sposobu, miejsca oraz terminu jego wniesienia. Zatem jeżeli Zamawiający określił w SIWZ szczegółowe wymagania dotyczące wniesienia zabezpieczenia to brak uczynienia zadość tym wymaganiom skutkować będzie zatrzymaniem wadium, a nie odrzuceniem oferty. Ponadto, stosownie do treści art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. Takie też konsekwencje zostały przez Zamawiającego przewidziane w części VII SIWZ w punkcie 31.1.

Powyższe należy również odnieść do kwestii, iż wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest czynnością faktyczną, a nie czynnością prawną i tym samym samo oświadczenie dotyczące tej czynności nie może rzutować na jej skuteczność – jeżeli ustawa Pzp określiła okoliczności uzależnienia dopiero od dokonania lub niedokonania czynności faktycznej, tj. od czynności wniesienia lub niewniesienia zabezpieczenia. Tak stanowi bowiem art. 46 ust. 5 pkt 2 (sankcja utraty wadium), art. 148 ust. 5 (miejsce przechowywania zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu) oraz art. 151 ust. 1 (termin zwrotu wniesionego zabezpieczenia). Tak stanowi również art. 141 ustawy Pzp, który solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wiąże z czynnością wniesienia zabezpieczenia, a nie zobowiązania do jego wniesienia.

Analogicznie jak w przypadku braku wniesienia wadium, stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jedynie nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy skutkuje negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Tym samym ocena skuteczności wywiązania się z obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy następuje w momencie dokonania lub

zaniechania czynności faktycznej, tj. w momencie ziszczenia się obowiązku dokonania takiej czynności. Obowiązek wniesienia zabezpieczenia następuje zaś przed podpisaniem umowy, ale po wyborze oferty najkorzystniejszej oraz upływie terminu wniesienia środków ochrony prawnej – a więc na etapie gdzie bez unieważnienia dotychczasowych czynności odrzucenie oferty nie jest już możliwe.

W odniesieniu do żądania Odwołującego, które obejmuje nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego należy wskazać, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający i Przystępujący w toku rozprawy, iż ustawa Pzp w przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przewiduje sankcję w postaci utraty wadium. Zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ustawa powyższą sankcję wiąże z zaniechaniem czynności faktycznej, nie zaś z samym brakiem deklaracji wniesienia zabezpieczenia w określonej formie, wysokości i terminie.

Biorąc pod uwagę powyższe brak jest podstaw do uznania, że złożenie przez Przystępującego w treści oferty oświadczenia odnoszącego się do sposobu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób przewidziany w art. 150 ust. 3 ustawy Pzp stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ obligującą Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu powyższej argumentacji, czynność taka byłaby czynnością przedwczesną i pozbawioną podstaw prawnych.

W tym miejscu, na marginesie należy wskazać, iż Zamawiający miał możliwość, stosownie do treści art. 87 ust. 1a ustawy Pzp, żądania sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Zatem, jeżeli doszłoby do uznania, iż oferta Przystępującego w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawiera postanowienia niezgodne z treścią SIWZ, które mogą mieć wpływ na skuteczność zabezpieczenia umowy po jej podpisaniu, Zamawiający dysponował mechanizmem umożliwiającym sprecyzowanie oświadczenia złożonego przez Przystępującego.

2. W odniesieniu do kwestii dotyczącej podstawy prawnej zastosowania określonej stawki podatku VAT Odwołujący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ upatruje w braku załączenia do oferty informacji zawierającej podstawę prawną zastosowania innej niż podstawowa stawki podatku VAT.

Izba ustaliła, co nie było kwestią sporną pomiędzy Stronami, że Przystępujący określił wynagrodzenie przy uwzględnieniu zróżnicowanych stawek podatku VAT, tj. stawki podstawowej w wysokości 23% oraz stawek preferencyjnych.

Jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy SIWZ w części III w pkt 13 zatytułowanym „Dokumenty i oświadczenia wymagane w postępowaniu” nie wskazuje na konieczność złożenia w terminie składania ofert (określonym w części VI SIWZ) dokumentów zawierających informację o podstawach prawnych zastosowania innych niż podstawowa stawek podatku VAT. Choć pkt 21 SIWZ zatytułowany „Sposób obliczania ceny oferty” w ppkt 3 zawiera zapis „W przypadku określenia przez wykonawcę stawki procentowej podatku VAT innej niż w wysokości 23% wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty informację zawierającą podstawę prawną zastosowania takiej stawki podatku VAT (...)” to brak jest tam wzmianki, iż informacja ta winna zostać złożona w terminie składania ofert.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 21.11.2011 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie podstaw prawnych zastosowania innej niż 23% stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny. W odpowiedzi na powyższe pismo Przystępujący pismem z dnia 22.11.2011 r. (przekazanym Zamawiającemu w tym samym dniu) złożył stosowne wyjaśnienia i wskazał podstawy prawne zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej.

Biorąc pod uwagę brak konieczności złożenia takiej informacji wraz z ofertą w terminie składania ofert, na co wskazuje jednoznacznie pkt 13 części II SIWZ, za dopuszczalne należy uznać przekazanie Zamawiającemu takiej informacji w terminie późniejszym niż termin składania ofert. Powyższe stanowisko jest również konsekwencją treści art. 87 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób w pełni dopuszczalny wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw prawnych zastosowania preferencyjnych stawek podatku VAT przy ustaleniu ceny ofertowej.

Wobec powyższego Izba uznała, iż biorąc pod uwagę wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne, nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

III. Tym samym wobec braku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż w związku ze wskazanymi przez Odwołującego okolicznościami faktycznymi doszło do

naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji na skutek wyboru niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oferty Przystępującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

